



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ヨハネス・フォン・クリース著『客観的可能性という概念とその若干の応用について』（その3 - 完結）
Author(s)	クリース, ヨハネス・フォン; 山田, 吉二郎//訳; 江口, 豊//訳
Description	解題: マックス・ウェーバーとフォン・クリース : 方法論の時代 (その3) = Max Weber and Johannes von Kries : a Period of Intense Methodology Discussions (Part 3) / 山田吉二郎 (p.60-64)
Citation	メディア・コミュニケーション研究, 64, 39-65
Issue Date	2013-03-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52629
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.1/jp/
Type	departmental bulletin paper
File Information	03-04_YAMADA.pdf



客観的可能性という概念とその若干の応用について (その3—完結)

ヨハネス・フォン・クリース 著
山 田 吉二郎・江 口 豊 訳

IV 文献概観

客観的可能性の概念にもとづくものとして、以下の諸章で述べるように、いくつかの概念があって、それらは日常生活でよく知られていると同時に、特に刑法においても一定の役割を演じている。ゆえに、理論法学がこれらの概念に対して——我々はそれらを可能性概念の名の下に総括できるわけだが——いかなる態度をとってきたか、そして現在とっているかを一瞥しておくことは許されるであろう。これに関連する全文献——特に、因果性理論に関しては、周知のように、それは膨大である——を詳細に論評することは、私の意図するところではない。むしろ私は、上で扱われた諸問題を、それら文献に見出されるさまざまな解釈のいくつかをスケッチすることによって、さらに明確に解明することを望んでいるだけである。

1. 可能性概念の、理論的分析なしの使用。生活の規則。確率。

ここでは先ず最初に、可能性概念が、因果性理論との特別な一致は必要ないと感じたまま長いあいだ使用されてきたことが確認されるべきだろう。これに符合するように、それらの概念の特別の検討はまったく行われなかったか、またはごく表面的な説明で満足できていた。前者の態度の例としてあげられるかもしれないのは、ドイツ帝国刑法典や大審院判決集に目下のところ広範囲に見られる「何かがある結果の出現に適当である」という言い方で、その表現は日常生活の用語例から借用されていて、説明を要しないほどに十分に知られたもの・なじみのあるものとみなされる¹。同様に日常の用語例に属する偶然という概念についても、まったく同じことが当てはまる。例えば、大審院は、ある損害の実現が偶然性の介入によって阻止されることがあるという言い方をしている。具体的事例において偶然性とは何かは説明されていないし、この概念が厳密な因果性理論とどのように一致させられるのかという問いも投げかけられていない。——それに対しては多分、二つの異なる概念、すなわち、「生活の規則」と「確率」という

1 例えば、ドイツ帝国刑法典187条、229条、322条、324条を見よ。さらに、1879年5月14日の食品取引法10条2項、12条1項を見よ。

概念の用法が理論的分析の端緒とみなされてよい。「生活の規則」は、多様な反論はあるものの、周知のように、依然として引き合いに出されることがきわめて多い。例えば、ある行為が必ずしももたらすことのない結果について、しかし、生活の規則によれば、その行為の結果だ、という言い方をする。この場合、ちょうど統計学者がそうするように、そういう生活の規則はそもそも存在するし、ある結果がある行為に、いつもというわけではないが、それでもきわめて多くの事例において規則的に結びついているという経験的事実に依拠できるが、しかも、この規則性をどう説明できるのか、ここにある因果関係が本来どういう意味のものであるかなどという問いには踏み込まなくていい。このようにきわめて不完全な学説が、誤解と、一部は根拠があるが一部は根拠がない反論にどれほどさらされてきたかは経験が十分に示している。――

確率の概念は、確かに通常用語例にもなじみのあるものであるが、しかし特に数学理論をととして科学的術語としての威信を獲得したので、その結果として、広く広まっているが限定的にしか正しくない考え方――ある結果の確率は、具体的構成要件の、特定の・客観的に妥当する指標であるという――が生まれたに違いない。大審院の諸判決は、上で引用したように、危険の本質を有害な結果の確率のうちに見ているが、その際、そういう有害な結果の存在または不在が客観的な形で確認できるのだという前提から出発している²。確率概念のそれ以上の理論的分析はなされていない。――フォン・リストもまったく同じような態度である。危険は、リストによれば、ある法益の侵害の確率が認められる状態である³。このときリストは、「確率は量であり、厳密に科学的な領域において、きわめて精密なやり方でそれを扱うことに以前から我々は慣れている」という点に依拠している。しかし、この科学領域を批判的に検討すると、確率を明確に決定された量とみなすことによって（それがいかなる前提において現実にならぬのか、それからそれが何を意味するかを考えないままでは）、いかに多くの混乱が引き起こされるかが分かる。同様の不都合が、確率を引き合いに出す理論を追跡する際にも生じるように思う。いずれにせよ、実際に、ある結果に対して成立する確率が客観的構成要件の明確な指標であるのは、普遍妥当な確率が考えられているときのみであって、数学的理論においてもほとんどもっぱらその種の確率が話題となっている。しかし、我々がこの語をその意味で使うとき、その定義がカバーするのは、我々が「絶対的な」と名づけた危険の特殊なあり方のみで、この概念は危険犯には適用可能だが、可罰的未遂犯を特徴づけるには疑いもなく狭すぎることを我々は見た。本当に十分満足の行く理論は、確率概念のさらに踏み込んだ分析なしで得られることはないだろう。

2 1884年2月7日の判決にいう。「苦情を申し立てる官庁が、当該の問題に対する確率と可能性の区別をまったく退けることができると誤解し、その代わりに『ある事故の出現に対する根拠のある懸念』を決定的な規準だと言い張るなら、それによって不確実ではあるがともかく客観的な契機が同様に不確実で主観的な契機と置き換えられてしまう」。大審院判例集刑法部門、第6巻、p. 100。

3 フォン・リスト著「ドイツ刑法」、p. 101。

2. ビンディングの均衡理論

しかし、他方で、いま問題にしている概念に対してより深い理解を獲得しようとする試みがなかったわけでは決してない。そういう試みは、客観的可能性の概念それ自体が明確にされ、特に、その量的段階づけが「あそび」関係を考慮しつつ十分に解明されるまでは、大きな困難に直面せざるをえなかったのは自明のことである。要するに法学者は、この場合、確率論の理論家に説明を求めるのが正しい態度だったと思う。なぜならば、後者が、ある状況はある結果を必然的にはもたらさないが、その確率を増やすと述べたならば、また彼らが確率と必然性を（確率の値1が必然性を意味するというように）まったく同様の概念として扱ったのなら、ここには明らかに、これまで何度か言及された・法学者の興味をよぶ考え方にきわめて近い考え方があったから。その上、数学的確率理論はしばしば明瞭に、物理的または客観的可能性の概念を使用してきたし、また「より広い意味での原因」⁴概念も使用してきた。こうした確率理論の考え方が本当に参照されていたのかどうか、またどの程度参照されていたかは、もちろん、確認することはできない。確かなのは、確率理論もまたこれらの概念を十分に認知していなかったことだけで、このことからすれば、法学において確率論への直接の依拠がめったに試みられていなかったことは容易に理解できる。

いずれにせよ、法学者の間から出てきた、少なくとも一つの、意味のある学説、すなわちビンディングのいわゆる均衡理論が、他の著者たち、特にJ・S・ミルが確率論を受け入れたやり方ときわめて近いものであることは、私には大いに注目すべきことと思える。ミルは次のような意見を述べている⁵（序ながら、かつてクルノーもよく似た意見を述べていた）。数学理論が（客観的に妥当する）確率の値として表示する分数は、原則として、「そのとき存在している諸原因のうち、その結果を引き起こすものとそれを阻止するものの間の」割合を意味する、と。まったく同じ考えが、ビンディング理論の出発点でもあるように、私には見える。なぜならば、この理論も、ある結果に向かう条件とそれに逆らう条件を区別できるし、また、それらの割合を特定の数値で表示できると仮定しているから⁶。従って、原因構成は、結果に向かう条件を助けて、それに逆らう条件よりも優勢にするということに本質がある。しかし、危険犯は、「その結果に向けて働く条件が、それを妨げる条件よりも優勢となることを危惧せざるを得ないほど強化される点に」認めることができる。最も典型的なあり方として、危険は「両方の条件量が均衡している場合に」認識されると言える。しかしそもそも、我々が個別事例において、結果に向う条件とそれを妨げる条件を区別するやいなや、すべての可能性概念は原則として確定される。なぜならば、これらの概念もまた、そういう区別が直接それらにとって十分な基盤だと

4 この最後の表現を特に好んで使っているのはポワソンである（「判断の蓋然性についての考察」、p.79）。

5 ミル、「演繹的・帰納的論理學体系」、シールによるドイツ語訳、第4版、第2巻、p.79。

6 ビンディング「規範と違反」、第1巻、p.41-43。

認めることは適切・有効等々だから。——しかし、この考え方全体をより詳細に検討してみるならば、ここでなされていることは、一般化する考察に全面的にもとづいたこれら区別をもつばら個別事例の具体的関係だけから説明しようとする試みであることがつねに分かるはずである。我々が具体的な構成要件に依拠する限り、大抵の場合、結果に向かう条件とそれを妨げる条件の区別は簡単には得られないし、それどころか、それについて理解してもらいたいとしていることを理論的と呼ぶことさえもできない。さらに、どうやってこれらの条件を数え上げるのか、それからこれも必要なことであろうが、どうやってそれらの力を明確に計量したらいいのか、という問いにいつそう当惑させられるに違ひなからう。たといある特定の、例えば、力学から取り出された事例においてそういう関係が証明できたとしても、このことはそれが普遍的に成立すると仮定する根拠とはならない。二つの力が対立する意味で働くということは、互いに正反対の結果が考慮される場合——例えば、物体の上昇運動と下降運動とか、加熱と冷却等々——、およびある力がそれ自体一つの結果を生み、別の力もそれ自体で別の結果を生むという場合にのみ言える。しかし、刑法が扱う侵害的结果はこれとは違うわけで、従って、ここでは同じように単純な力の対立関係を証明することはできないし、できるとしてもそれは例外である。その上、厳密な因果理論は、ある結果が生じたときは、それを促進する条件が、その結果が起らなかったときは、それを妨げる条件が、具体的に、いつも、それ以前から優勢だったと強調しなければならないだろうし、結果が起らなくても、その危険は十分にあったとか、ある時点ではその結果に向かう諸条件が優勢であったかもしれないし、または、それを妨げる条件と均衡を保っていたかもしれないとかいうふうに理解することはありえない話である。——この理論につきまとうその他の多くの困難に関する議論は、ここでこの理論が受けたさまざまな批判を考慮することで回避できる。しかし、この学説の根拠となっている、それ自体価値がないわけでも不当なわけでもない思想を単純な否定によってすませるわけにはいかないことは疑いないことと私には思える。実りある批判はむしろ、学説全体の中心に位置する概念「ある結果に向かう条件」に取り組むべきであろう。この学説は、この概念の明確化によって、必要とされる理論の改造を行うことができそうである。

3. フォン・ブーリ流の因果性理論。ラマシュ、ヘルツ。

ビンディングの理論に確率論への依拠が明らかに見られ、この理論はそれによって可能性概念にも直接的に向けられているように思われる一方で、比較的新しい文献の圧倒的多数において因果性理論は、何よりも先ず別のある問題に関連して論じられている。そして、因果性理論のこの形態は、もちろん、可能性概念に対する態度にとっても決定的な意味をもつことになる。誰かがある侵害的结果を「引き起こした」場合、その人はそれに対して責任があるのだという古い想定は、その誰かがその行為によってその結果の原因となったのか、それともただの条件の一つを満たしただけなのかという問いに我々をつねに導き、これら二つの概念を理論的に分

離するという、何度も繰り返された試みを我々に強いてきた。原因と条件のこの分離に対して、因果性理論は原則として反対してきた。この理論は、主にフォン・ブーリ⁷によって代表され、いま普通彼の名前で呼ばれているが、特に、多数の近年の著者たち（ヘルシュナー、リスト、ラマシュ、ヘルツの名を上げれば十分であろう）が主要な点でこれに賛成している。この理論は、根本的に、厳密な哲学的原因概念を引き合いに出して、この意味で、ある結果の原因は、実際に結果を生じさせた諸条件の総体をのみ意味することができるという点から出発する。ある個別の状況の因果性に関しては、その結果はその状況がなくても生じたかどうかだけを問うことができる。行為と結果の間の因果連関が成立するのは、その行為を除外するならば「生じた結果の出現が欠落せざるをえない場合」⁸である。しかし、客観的な意味で個々の要因が結果に対してもっていた重要性の考量を詳述することは不可能であり、特に、あれこれの要因が結果の実現にどれくらい寄与したかを確定することはできない。——これが、この理論の根幹をなす、完全に適切な・争う余地のない主たる論拠であった。この理論は、即刻ではなかったにしても、やがて間もなく、因果性以外の責任に対して、因果性とははっきり切り離してその罪が考慮されなければならないという、重大な帰結に導いた。しかし、さらにこの理論は、同じくらい重要なこととして、侵害の結果が生じなかった場合（未遂犯のように）、それがその結果をもたらす何らかの状況の具体的な因果性を問題にすることはできないことを導き出した。その結果が生じなかったということは、まさしく当該の状況がこの場合は因果的にならなかったことを示しているというのはもっともだろうし、その結果に対して成立した可能性について語るとき、それが意味することは、ただひたすら状況が何らかの点で別の展開を示したならば、その結果は生じていたかもしれないということのみである。しかし、その結果はここではつねに、我々によって何らかの方法で考えの中で付け加えられているにすぎず、客観的には存在していない。特に、部分的実現とかそれへの近似などを証明することはまったくできないだろう。そうすると、ここから、侵害の結果をもたらさなかった行為（未遂犯、危険犯）の可罰性は特殊な原則的根拠づけを必要とするもので、侵害の可罰性から単純な帰結として生じるものではないという帰結を直接引き出すことができる。

ところで、フォン・ブーリの学説は具体的な因果性を厳密で満足の行くやり方で扱っているものの、他方では、抽象的な因果連関に対してほとんどまったく注意を払っていない。これはきわめて理解できる、ある意味でまったく正当なことだった。なぜならば、原因連関に関わる普遍的な命題は、ある種の条件 *A* に結果 *B* はつねに必然的に結びついているという形式でのみ知られていたから⁹。しかし、すべての法律上関連する領域において、具体的事例の厳密に特定

7 フォン・ブーリ「因果性とその責任について」、ライブチヒ、1873年。さらに、同じ著者の「刑法論集」、1862年、および判決集19、22、25、29号所収の多数の論文参照。

8 フォン・リスト「ドイツ刑法」、第2版、p.110。

9 例えば、ラマシュ（「行為と結果」、p.33）は、原因連関に関わるこの抽象的考察の論理的意義を特に明解鋭

される事情が度外視されるやいなや、何らかの結果への関係が主張できたかもしれない諸条件など存在しないも同然となった。

さて、上で述べた以外の原因連関の考え方をすべて否定する立場に厳密に立つとき、可能性概念が全面的に否定されるのは当然のことである。直ちに分かるように、さまざまな学者がさまざまな範囲で行ったこの見解に対して、フォン・ブーリの理論は、普遍的な原因連関について十分なことを説明していなかった点で、当然ながらそれなりの責任を問うことができる。理論全体の本来の出発点、すなわち、原因と条件の区別に反駁する論争は、当然ながら、あのあやしげな結論を導き出すのに特に貢献した。個々の条件の、ある結果に対する関係について、その結果がその条件なしで（具体的に）生じたか生じなかったかということ以外のことを問うことは許されないことは証明されたことであるが、事態はさらに進んで、抽象的な原因関係について何かしら価値あるものを調べ出す可能性をも否定されることになった。ある——普通の生活にとっても科学にとっても必要不可欠な——概念の過激な否定の現われ方は、しばしば、きわめて特徴的である。例えば、ラマシュはこう述べる¹⁰。「抽象的に、有効性または不能性一般について語ることはできない、なぜなら、これは相対的だから、すなわち、具体的事例において既存の前提を考慮することなしには判断できない概念だから」。しかし、有効性およびその類似の概念にとって土台となっているのが、まさにこの抽象的考察である。例えば、ある行為がある結果を引き起こすが、そんな結果を招来するのにその行為が一般的に（抽象的に）適当とは思えないというようなことは、十分根拠のある重要な意味をもつ考察である。

可能性概念を用いたすべての考察に対して、その概念は、何らかの非現実的な状況の想定によるもので、だからまったく主観的な意味しかない、だから、その帰結としてそれは完全に恣意的なものだという主張を対置することも可能で、それは一見正しいように見えた。例えば、ヘルツはこう言う¹¹。「あるできごとの原因を、それが実際にそのできごと¹⁰に及ぼした効果によって判断することをやめれば、無原則の恣意に翻弄される」。さらに、同じ著者はこう述べて

利に展開している。しかし、ここでもきわめて明瞭に主張されているのは、原因連関に関しては本来特殊事例のみが知られていて、客観的可能性概念は、その議論こそそこになくてはならないものののに、欠けているということである。

- 10 「未遂犯における客観的危険性の契機」、p. 21。さらに、同書、pp. 6-7参照。そこでは、現実の具体的な因果性の概念が唯一使用可能なものとして説明されている。「原因となるものは影響力をもつもののみであり、現実的な因果性のみが因果性である」。(しかし、それにもかかわらずラマシュは、一般的な慣例に従って、抽象的な原因法則についても語っている。「行為と結果」、p. 33。)潜在的因果性の概念は(我々ならこの代わりに一般的な原因連関の概念ということができただろうが)いかなる規定ももたない。「なぜならば、ある人が、何を競合する諸条件として〔原因として〕前提とするのか、その推定の大胆さの大小に応じて、個々の因果性契機は、原因として現れたりまたは原因としてではなく現われたりするだろう。その次に、ある行為が、出現しなかった結果と原因連関のうちにあるかどうかは、それを判断する者の思考の飛躍にのみ左右されるだろう。すなわち、当該の行為が彼にとって、その結果は通例、規則的に競合するものとして前提された中間原因のせいでそういう条件に一致するのが普通とされているか、またはそうでないか、である」。

- 11 ヘルツ「不法行為と刑法の一般理論」、p. 184。

いる。「その活動が意図された結果と本当の因果関係にあるからといって、何らかの客観的契機が与えられているわけではない」¹²。なぜならば、これによって実際、一般的な原因連関の考察にもとづくすべての区別は、原則として排除されるから。

こうして、危険な未遂犯と危険でない未遂犯の間の、とりわけ、有効な手段を用いた未遂犯と不能な手段を用いた未遂犯の間の客観的区別が否定されることになった。具体的にその時々選ばれた手段がいつも不能なものであったとしても、それさえなければ犯罪は遂行されたはずであること、また、それとは逆に、状況のどこかに変更を想定すれば、どんな未遂行為に対しても、それが犯罪目的を達成し得る事例を考え出すことは必ずできる（例えば、砒素の代わりに、間違って砂糖を盛ったが、それが死をもたらす例等々）と言われてきた。不能な手段に対して、それを用いてはある結果の実現は絶対に起こり得ないという概念以外は考えつかないように見えた（そしてここに、まさにこの理論の一面性がきわめて明瞭に現れている）。

同様に、重大な傷害または殺人をもたらすに適したものとしての危険な道具という概念は幻想であるとされた。なぜなら、あらゆる道具が、たといハンカチでさえ、状況によっては、殺人に使用できるから¹³。しかし、危険概念も、この考察方法では、確固とした根拠を欠くものと見えるに違いなからう。実際、可能性概念の徹底した反対者は、誰かがある有害なできごとを恐れる理由をもっている、またはもっていたという意味でしか、危険について一般には語れないことを強調してきた。しかし客観的には、もし有害なできごとが起こらなかったならば、いかなる危険もなかったということになる。だから、例えばヘルツは「権利保護対象の侵害の危険を犯罪構成要件の指標とすることは絶対に許されない」¹⁴とみなしている。

さて、このような見解に対して、我々は次のような主張を対置させなければならないと思う、すなわち、可能性概念において問題となるのは、任意の事情の恣意的想定でもなく、完全に無規則の思考の飛躍でもなく、むしろ普遍的に表示された諸条件——その一部は人間生活の実際に存在する事情から、また一部は具体的事例のふるまいについて我々がさまざまなヴァリエーションを思い浮かべることから、十分明確なやり方で生じて来る——の評価であるということ、また、そういう普遍的に表示された諸条件の、ある結果への関係づけについては、重要で客観的に妥当するのと同様、明確に解釈可能な陳述ができる、ということである。重要なのは、砂糖が致命的となる事例を考え出せるかどうかではまったくなく、ある量の砂糖がある人間に摂取されるという普遍的条件が、殺人の顕著な可能性を含むかどうかである。決定的なのは、この可能性が最小なものであること、そういう実験をした場合、絶対確実に予期できるように、死が生じるのはきわめて稀な例外的事例であろうということである。他人を殺そうとする人

12 ヘルツ、同上、p. 89。

13 イツィンスキー「凶器の概念について」、オーストリア裁判報知、1860年。

14 ヘルツ、前掲書、p. 90。

に、事情によってはハンカチもその目的の達成を可能にするが、しかしそれはまったく特殊な状況であって、ハンカチを使って殺人が起こり得る稀な事例にすぎない。殺人者は力において犠牲者にはるかにまさっていないから、または犠牲者のその時の状況（睡眠中等々）が自己防衛にとってきわめて不利だったというようなことがなければならぬ。拳銃とかナイフとかなら、襲う者に対して、はるかに多様な状況において、殺人を行い得る優位性を保証する。ゆえに、公正に熟慮するならば、これらの武器が殺人にとって有効な道具であって、それに対してハンカチはそうではない、または比べものにならないくらい小さな程度においてそうであるとする主張からそれることはないだろう。——それゆえ、上でなされた可能性概念の分析が疑いなく明瞭に示していることは、それに対して投げかけられた完全な無規則性と恣意性の非難が、主として、その最重要な前提である普遍的に表示された条件、またその最重要な特徴である量的段階づけをとともに誤解したことや、大きな可能性と小さな可能性の区別¹⁵を一貫して無視したことに原因がある、ということである。例えば、偶然ゲームの領域で見られる完全に明確で精密な意味が知られ考慮されていたならば、社会現象に関するこれらの概念は、たとい限定されたものであっても、ある妥当性をもつものと、もっと認められていたかもしれない。——このことから今後は、可能性概念に対する反論は、それらが、互いに完全に明確に区別されたカテゴリーの形成を許さないことに還元されるだろう。危険と非危険、有効と不能——対比がどのような根拠から表示されようとも、明確に確定された境界をもたず互いに移行するものとして、これまで一部は暗示され、一部は詳述されてきた。しかしこのことだけから、これらの概念が法学上適用されてはならないとする帰結を疑いないものとして引き出すことはできないであろう¹⁶、そして、それゆえに、いま議論している理論の結論も今のところまだ証明されていないものとみなさなければならないだろう。

しかし、もう一つ、片づけておかなければならない論点が残っていて、それは、可能性概念には構成要件に客観的に割り当てられる指標はなく、あるのは我々が後から付け加えたもので、ゆえに、主観的な何かが表現されている、という主張である。何度も言及され、種々さまざまな意味で用いられるこの反論の、充実な検討は、当然ながら、ここで行うことはできない。だが、可能性の指標が主観的意味をもつにすぎないという主張がどの程度正しい考えにもとづいているのかを示すためには、二、三述べるだけで十分であろう。

まず最初に、いかなる客観的構成要件の記述においても、そこに登場する対象はいくつかの

15 特に最後の点が欠落していることを顕著に示す多数の事例が文献に見出される。「不可能性の等級」はないことはさまざまに指摘されている。例えば、ヘルツはこう述べている（前掲書、p. 86）。「不可能性の概念が程度を強めることができないように、ある行為が他の行為より不能的だということもあり得ない」。これは反論の余地ないことであるが、しかし、部分的に明確な条件の場合には、あり得る。より小さな、またはより大きな規模の可能性と不可能性。これは、我々がある目的を達成するのにある手段を他の手段より有効だと呼ぶときに念頭に置いていることである。

16 互いに明確には区別されていない概念の使用というこの論点は、後ほどもう一度取り上げる。

特徴によって定義されると考えられること、それらの特徴は、対象があれこれの条件の下でどのような効果を及ぼすかを根本においてすべて語るものであることを思い出しておかなければなるまい。我々がある物体を硬い・柔らかい・脆い・燃えやすい等々と呼ぶとき、また同じように、それをガラスまたは鉄と呼ぶとき、我々は、このやり方で一貫して定義される一連の概念を使っている。一般に、そういう呼び方は客観的に妥当であると言われる。ちょうど、ある条件につねにある一定の結果が結びつく法則（抽象的な因果関係）がそもそも客観的に妥当だと一般にみなされるように。そういう法則性に関連づけなければ構成要件というものがあったく記述できないということ、それについて我々が述べるほとんどすべての指標は、特定の法則性を前提としてのみ確定した意味をもつということは、いずれにせよ、疑う余地のないことと言っている。

しかし、この場合、ある対象が、それがあつねの下でつねにもたらす効果の記述によって表示されるか、特定の客観的可能性の記述によって表示されるかはまったく重要でない。例えば、あるサイコロが6の目が出やすい（サイコロの動きをより大きく変えてみてもこの目が他の目よりも出やすい）ということは、その形態と質量分布に関して、客観的に妥当する記述であるが、それは、そのサイコロがこれこれの柔軟性を有するというのとまったく同じ意味である。

さらに、よく知られていることだが、実在の事象の表示はすべて最終的には我々の主観性に関連してなされなければならないということ、そういう関連づけを一切避けるような表示方法はまったくないということも考慮されるべきであろう。この意味で、どんな指標も主観的に定義されたものということができる。例えば、我々がある物体を赤いと呼ぶとき、この特徴は、光がそれに当たって反射するか、または通過するかして、人間の目に届くことによって生じる感覚効果に従って定義されている。しかし、この状況も、そういう指標の「主観性」を我々が口にする理由にはならない。いまある別の記述（例えば、美しい、醜い等々）を主観的と呼ぶとすると、これが先ず十分正当とされるのは、この発言が発言者の個人的判断であり、対象への彼の評価を意味する場合であることは了解されるだろう。しかし、例えば、ある対象が美しいという主張も、この指標や類似の指標が客観的な意味をもつという意味では、許容できるし特例でもない。これらの指標は客観的行動様式を示していて、人間の意識の中にある美的判断を呼び起こす。つまり、多数の指標が単に感覚的知覚に関連して定義されるのに対して、これはより高次の心的機能に関連している。ところで、このことは可能性指標にも、それらが具体的構成要件について述べられている限りは、当てはまる。なぜならば、それらは、ある普遍化し抽象化する考察にもとづいて定義されているから。それらは構成要件を特徴づけることをやめないし、独特の特徴づけであるにすぎない。——主観性というときに、より高次の心的機能にもとづくこの種の定義以上のことは意味されていないわけで、ゆえに、構成要件を記述する際に使う多数の指標に主観性は簡単に付加できることになる。しかし、法律がそういう指標を

一切使用すべきでないといわれるのはなぜなのか、理解に苦しむ。なぜなら、立法者はそれらを広範囲に使用しているし、使用しなければならないということ、可能性概念はこの点で、他の多くの刑法概念（侮辱・中傷・猥褻行為・猥褻文書・凶画等々の概念を想起していただきたい¹⁷⁾）にまったく同様に認められる特性を示しているにすぎないということは容易に分かるから。ただし、この場合、法的意味の演繹がどの指標もその真の意味（例えば、危険性を損害と混同しないこと）から出発すべきだという要請は当然のこととして承認されなければならないだろう。

従って、いま検討した意味での主観性が可能性および類似の指標の意味と法的有意性について決定することができないならば、先にあげたより高次の心的機能が、実際は、すべての個人において完全に同じように働くわけではないということ、ゆえに、それらを考慮して決定される指標は多かれ少なかれ不明確なものであると、結局は、されるしかない。いくつかの区別の主観性が言われるとき、一定の不確実性の意味でしか主張されていないことが多いように私には思われる。可能性諸概念が具体的構成要件に関わる限り、それらの基礎にある普遍化し抽象化する考察にとって、完全に明確な規則が打ち立てられることはあり得ないと強調してかまわない。この考察の経過を完全に精確に定めることができるならば、または、当該の現象の性質がこの点に不確かさがつきまとうとしてもなんら問題ではないようなものならば（偶然ゲームで見ると）、恐らく一般に、この指標は、明確に定義されたものとしてのみならず、「客観的に妥当する」ものとしても受け入れられがちとなるのではないか。実際、客観的危険概念の最も一貫した反対者たちでさえ、例えば賭け事において成立した勝つチャンスの比率を客観的事象に当てはめられるものとみなしていることはほとんど疑いがないように私には思われる。しかし、これによって主観性への非難は、結局先ほど言及したこと、すなわち、不確実性への非難に還元されるだろう。ラマシュ、ヘルツその他が述べていることで、広く一般に支持されていることとは反対に、そういう不確実性がどの程度実際に妨げとなるかは、可能性概念が適用されようとしている現象領域の事実上の性質に完全に左右されることだけは、いまここで指摘しておくべきだろうし、人間社会の事象が確かに正確でないことは偶然ゲームと似ているが、しかしそれでも広い範囲でいかなる不安もなくそういう特徴づけが適用されていることを忘れてはなるまい。

こういうわけで、可能性の指標が具体的構成要件をまったく特徴づけることはないとか、その他のすべての表示とは原則的に異なる、そしてそれらの法的有意性を排除するやり方でしか特徴づけられないなどということは認めることができない。そして、それが主観的意味をもつ

17 大審院が次のように述べるとき、それはまったく正しい(1880年6月21日の判決、年報第2巻、p. 121)。大審院はある著書が客観的に猥褻であると述べつつ、この指標を、一般的な道徳感情と作法感情を考慮して定義されると考えるべきものとして、具体的事例において何らかの個人の道徳感情がこの文書によって害されただろうということとは区別している。

という主張は¹⁸、根本的に、つねにその意味の誤った理解のみに対して、その法的意味の不正確な演繹に対して向けられた可能性があるように私には強く思える。確率は先ず最初は心理的態度を表す。しかし、ある特定の確率があるということは、客観的な諸関係に付与できる指標、そしてそれら諸関係を軽視できないやり方で特徴づける指標である。危険性が、具体的構成要件に関して、一般化する考察も抽象もなく確認され得るようなものは何も意味しないということとは、簡単に承認できる。この指標は、人々がしばしば解釈しがちだった客観的意味（部分的実現という結果への近似、いわば実際の実現程度の縮小）を、実際のところもたない。しかし、これは、それが客観的関係に関してまったくもって何ものをも意味しないということには決してならない。同様に、フォン・プーリとともに因果性のうちに現象の生成の一形式を見ようとする人は、ある行為がある種の結果と一般的に原因連関のうちにあるという主張にいかなる客観的意味をも認めないという気にさせられるやもしれない。しかし、より詳細に検討してみれば、この主張も、真つ当できわめてはっきりした意味をもつこと、しかしもちろん、具体的因果性とは幾分違うものを意味しているということが認められなければならないだろう。

4. 刑法からの、可能性概念の排除

上の二つの章で考察したように、普遍的な法感情にとっても、実体法にとっても同様に、可能性概念がきわめて多様な意味をもつということに疑いはない。この根拠から、上で素描された理論的見解がどのような結論へとたどりつくかを見ることは興味のないことではない。先ず最初に言及すべきことは、この結論は確かに多くの著者たちに基本的には受け入れられてはいるものの、すべての分野で厳密に実行されているわけでは決してない、ということである。むしろ、この理論の結論が回避されたのは、因果性理論において忌避されているものときわめて似ていて、特定の解釈の下ではそれらと同じものとされるような諸概念を再び援用したことによる。明らかに、これは、一貫性にはやや欠けると言わなければならないだろうが、一面的な理論の有害性を最もよく回避できる一つの方法である。例えば、フォン・リストは因果性理論に関して、まさにいま述べた立場に立っている。従って彼は、例えば絶対的致死手段と相対的なその区別を余計なものでありかつ誤解を招くものとみなして¹⁹、また偶然的原因構成には一切言及しない。それにもかかわらず、彼は、先に引用したように、危険の概念に固執して、それをある損害的できごとの「蓋然性」と定義する。

18 この主張は、可能性指標が客観的実情に関しては何も意味するものでなく、ある個人の心的事象・期待・危惧に関して何ごとかを意味するものだと考えられているのであれば、完全に誤っていると思う。「主観的」という語はこの意味で、心理的という語とほとんど同義的に、より頻繁に使われている。例えば、未遂行為の主観的側面と客観的側面を論じる場合がそうである。この理由から私は、可能性指標はこの意味で主観的意味はまったくもたないと特に強調しておきたい。危険というものの本質は、誰かが恐れているという点にあるわけではない。

19 前掲書、p. 111。

他のいくつかの事例において、我々はこれとは逆に、可能性概念にもとづく区別の代わりに他のもの（確かに、それらに近似しているが、決して正確には等価ではないもの）が使われているのを見る。その例として先ずここであげられるのは、偶然的原因構成における帰責の排除が頻繁に求められていることであるが、ただしこの概念は、我々が上で検討したのとまったく異なる意味で使われている。例えば、ヘルシュナー²⁰は「偶然（より狭い意味での）」という表題の論文においてこう述べている。「帰責可能性は、意識され意欲された行為に、行為者の知識にも意欲にもかかわりをもたない結果——確かに、行為者が引き起こしてはいるが、予見もしていなかったし、予見できなかったために、その意志に対していかなる責任の根拠も与えない関係にあるような結果——が続いたときは、最終的に排除される」。

ここでもある種の原因構成は、責任の根拠を与えないものとして、選別されるべきであるとされている。決定的な根拠は、行為者の側の、できごとに対する予見可能性の欠如という点に、または、フォン・ブーリが表現したように、意志連関の欠如という点にある。先ずここで指摘されなければならないのは、いまここで扱っている領域において、予見の可能性は、一般的原因連関の存在およびその知識にほぼ一貫してもとづいているということである。ゆえに、ある適合的な原因構成が要請する解釈が客観的根拠（原因連関）を重視するのに対して、別の見解が主観的結論（予見可能性）を重視するとき、二つの判断方法の結論は、いつもというわけではないが、たいていは一致するだろうということは明らかである。どちらの原理が全体として、我々の法感情と最終的な立法上の基本原則によりよく合致するかは、当然ながら、ここで論じることではできない²¹。ただ次のことは重要だと私には思える。それは、最近勢いをもってきた、予見可能性または意志連関を前提にするこの原理が、適合的原因構成理論が用いる可能性概念とまったく同じように、境界が不確かで不鮮明な——そして、それが該当するのかそうでないのかも、まったく同じ意味で主観的評価の問題であるような——ある一定の基準を使用していることは紛れもない事実だということである。これを個別に証明することは容易である。先ず、行為者が一般に、そういう結果を自分の行為の可能な帰結として思い描くことができたかどうか重要ではあり得ないことは自明である。つまり、ある結果が予見されたものの実現とみなされるのか、ある期待が実現された結果の予見とみなされるのか疑わしく思える場合があることで、帰責可能性の境界はぼやけてしまうだろうから。——さらに、ここには主観的蓋然性および期待の確信の量的段階づけが、もう一方の見解における可能性の段階づけとまったく同様に、生じてくる。知識なるものの一般的な不確実性につきものなのは、どのような行為に際しても、任意の損害的結果の出現が、たといきわめて低い確率であっても、やはり考え得ると

20 ヘルシュナー「共通ドイツ刑法」、第1巻、p. 275。

21 ここではさまざまな判断原理の衝突に遭遇する。それらは、刑法が責任の主観的契機をどこまで考慮して、また行為の外的・客観的側面をどこまで考慮すべきかという普遍的疑問と同様に、厳密に異論なく調停することはできないものである。

言わなければならないことだ。ゆえに、その結果を予期できたある程度の主観的蓋然性を、その結果の帰責に対して十分恣意的に確定する以上のことはできない²²。

しかし、ここにまだもう一つ、次のことが加わる。すなわち、行為者が何かを予測できたということは何を意味するのかという点である。いずれにせよ、それがそう言えるのは、行為者が実際にそれを予測していたときのみではない。では、彼が実際にもっている知識のどんな拡張が彼にとって可能な拡張と呼ぶことができるのか。この問いに対しては、もし行為者が、ある行為と結びつく結果を知るために、現実に行った以上の熟慮・努力・照会等々を行ったならば、予測されたであろうことを予測可能とみなすべきだと答えることができる。我々がここでまたもや、構成要件を定義するのに、ある知的レベルの結果（ある実現しなかった状況で生じたであろうこと、ゆえに「我々が考えて付け加えた」にすぎないこと）にもとづいていることは明らかである。このことから、先に引用したラマシュの言葉をここへ適用してもそれなりに許されそうである。なぜならば、誰かが行為者の考慮と照会を推定する際の大胆さの違いに応じて、ある結果が予測可能または予測不能に思えるわけで、従って帰責可能性の基準は「判断する者の思考の飛躍」に左右されることになるから。心理的構成要件の表示において、特定の・内的経験から知られる・直接表象できる意識状態または事象を表示する標識のみがそのような不確実さから自由であることは明らかである。ゆえに、誰かが現実に関心したのか、または意図したかどうかの問題は、その種の概念上の不確かさをもっていない。しかし、我々が、誰かが何かを予測することができたはずだということを重視するやいなや、すなわち、意欲の概念を拡大して、事実上まったく思いも寄らない結果をも、望まれたもの、または意志と関連するものとして考慮に入れるやいなや、我々は、行為と結果の間に一般的な原因連関があるという以上の客観性と確実性をもたない基準を使うことになる。

似たような現象が未遂に関する学説に現れる。ここでも、一般的可能性の考慮を無視して、可罰的未遂犯と非可罰的未遂犯の区別を、危険性とはまったく別の視点から行おうとしている。多くの著者たち（とりわけフォン・プーリその人）によって受け入れられている考え方によれば、可罰性の要件は、「未遂行為が、明確な犯罪の意図、すなわち、ある犯罪を犯す意図を明らかに疑いなく示していることがその行為そのものから判明するという特徴を有しているこ

22 予測可能性の原理が、このやり方に限定されないときは、完全に幻想とならざるを得ないことは疑いがないにもかかわらず、このことは必ずしも十分には守られてこなかった。実践的には、まさにこの点が裁判権の形態にとって突出した重要性をもつ。なぜならば、個別事例の判断において予測可能性から出発するか、適合的原因構成から出発するかは、結果的にはほとんどいつもどうでもよいものであるといえるが、逆に、いかなる等級（予測可能性のであれ一般的連関のであれ）を帰責にとって十分なものとしてみるかということとは決定的意味をもつから。これをより高く設定するかより低くするかによって、多くの場合（しかも、二つの原理のどちらの場合も等しく）、帰責を確定するか排除するかが自ずと決まる。例えば、フォン・バルが引用している事例でこのことは簡単に確認できる。そこでフォン・バルは、プロシア大審院の判決を正しくないものとして説明している（「因果関係論」、p. 53 f）。

と」²³である。ここでの力点は「その行為そのものから」に置かれている。なぜなら、当該行為における犯罪的意図の遂行が一般に認識可能でなければならないことは自明のことで、さもないと、その行為を何かの未遂とみなすことは到底できないだろうから。ゆえに、いま問題にしている考え方によれば、犯罪的意図は行為そのものから認識されるわけで、行為者の自白またはその他の証言および発言からではないということが重要である。この区別を、危険な未遂犯と危険でない未遂犯というもう一つの区別と対比させようとするときは、その区別によって立つべき法的原理をより精細に明確化することが何よりも重要であろう。すなわち、何よりも先ず、ここでも未遂犯の「主観的構成要件」と並んで、未遂行為の何らかの外的現象も必要だということから出発して、さらに、この要請を、上で (p. 303 [翻訳その2, p. 104]) 述べられたことと似たやり方で、心理的印象から根拠づける傾向があるとする、ここで与えられる規則は未遂行為の必須の特徴を、危険でない未遂犯のあの古い規則に比べて、より明確にも、よりの確にも定式化するものではないことはおそらく認めざるをえないであろう。なぜなら、すでに何度も述べられているように²⁴、行為自体が犯罪的意図を表現するという主張の根拠を、我々はいていの場合、行為がそういう意図の実現に適当である、従ってその行為は通常の状態においては一般に起こらないという点以外に求められないわけだから。ゆえに、フォン・プーリの定式は、一般に不能な手段を用いた未遂行為は非可罰的であるとみなすものと言えよう。しかし、その定式が、不能な客体に対する未遂行為を同様に赦免しないことは正当化できないことのように思える。さらに、有効な手段を用いた未遂犯の相当数、すなわち一般的な見解では可罰的である未遂行為が非可罰的とされる困難が生じることもこの場で指摘しておかなければならない。従って、いずれにしても、上で述べた法的判断の視点においては、危険性概念こそが可罰性を左右するところを最もよく表示することは認めざるをえないだろうと思う。逆に、この原理を拒否する場合は、フォン・プーリの規則にとって、可罰性は最終的に未遂犯の主観的構成要件のみが本来決定的な存在であるが、しかし、特殊な理由から、この構成要件の存在を未遂行為そのものの外的現象以外の何かによって立証することは許されない、ということ以外のいかなる根拠もあり得ないと私には思われる。法的判断の原則に、一つの新しい、実情の察知と司法的確認に関わる原理が加わる。しかし、どこにこの原理の正当性または必然性を見出すことができるのか、私には理解できない²⁵。

23 例えば、ヘバーリン、大審院判例、1864年、p. 219。フォン・プーリ「因果性論」、p. 153。ヘルシュナー、前掲書、p. 343。

24 フォン・プーリ、大審院判例、第20巻、p. 330。

25 一般に承認されている原理「考えるだけなら税金はかからない」がすでに同様の見解に依拠しているという反論をする人はいないだろう。なぜなら、こちらの原理が念頭に置いているのは、行為（意志的行為）と考え（たとい意図と願望を含めたとしても）の間にある根本的な心理的区別であるから。行為は、外的に認識可能となった考えであるのみならず、まったく別の心理的要素が付け加わることによって考えとは区別される。この後者のみが刑法的判断の基礎であることが、その一般に受け入れられている原則の意味である。ゆ

誰かが狩りで狩りの仲間を殺害しようと試みて、その違法的意図が証明され得ないような状況を巧妙に選ぶとする。発砲がある人の至近距離で起きたのに、状況からすると、正常な狩りの意図で発砲されたと確かにみなされる、そういう状況が客観的にあり得る——そんな例を考えてみよう。この犯罪的意図が行為者の自白または先行する発言によって明白に証明されるとき、この行為は非可罰的であるとみなされるだろうか。このような例を検討することで、別の事例において特定の未遂犯の非可罰性を求めがちなとき、その根拠を証言原則のうちにではなく、未遂犯の客観的側面をも考慮することを要求する法的判断のうちに見るべきであることが示されると私には思える。しかし、未遂行為が一般に有効な手段をもって行われ、それにもかかわらず犯罪的意図がそれ自体としては知られ得ない少なからぬ事例ではいつも、もっぱら主観的な、証言原則によって補足される未遂犯理論は受け入れがたいものであることが判明するだろう。

最後に述べた事例においても可能性諸概念の排除は必ずしも徹底的なやり方でなされたわけではなかった。なぜなら、可能性概念と置き換えられたものは、少なくとも、その差異が実践的にはめったに意味を持たない程度に、同等のものであるから。しかし、特に、帝国大審院の裁判権が、刑法事案では可能性諸概念にもとづく一定の区別をまったく放棄して、そうすることで従来慣行とはしばしばまったく異なる方向に入り込んでいることは、同じ理論的確信のさらに深刻な影響であるように見える。その最初として、統合刑事法廷の有名になった判決（1880年5月24日）において、不能な手段を用いて不能な客体に対する未遂犯も可罰的であることが確認された。判決が、以前従っていた法的原則から離れようとしたということよりも、むしろ一面的な因果性理論がそもそも問題となっている区別を許容できないものに見せたということにもっぱらもとづくものであることは、判決理由から明らかに知ることができるように私には思える。「広く流布している学説は」といま言及している判決理由に書かれている。「確かに、問題の行為が未遂であっても罰せられなければならない時は、行為完遂との間で一つの因果関係になければならないことを要求すると言っている。……しかし、学問はこの理論の維持できない部分を十分に証明した。……結果が生じていない限り、行為はけっして結果に対して因果的ではないし、生じなかったということは、まさにそれが因果的ではなかったことを示している。しかし、もう一步進めて述べることもできよう、一般に、いかなる状況にあっても意図された結果を引き起こすのに不適当であるという行為はないが、これに対して、個別事例においてはその結果をもたらさなかったすべての行為は、それをもたらすことに絶対的に不適当であったことは明らかである、と」。——この議論は、客観的に危険な未遂犯はその結果に向

えに、私は実際、刑法の対象として個人のふるまい（違法的意志行為）のみならず、外的帰結（「外的に実現された意志」）も現われるとき、この手順は、心理的印象または立証可能性を考慮して初めて正当化できるという意見である。これは、当然、反論の余地のある意見であるが、ここではこれ以上詳しく論じることはできない。

かう作用を具体的に示すという推定を批判するものである限り、異論の余地のないものである。逆に、それは、客観的危険性のよりの確な理解を妨げるようなものは何一つ含んでいない。

有責の行為と侵害の結果の間の因果関係に関して、大審院の判決は、「これ（行為）がなければ、生じた結果は現実には生じなかったであろう」²⁶とき、そこに因果関係があるという趣旨のことを述べた。偶然的原因構成と適合的原因構成の区別もまた、いま引用した意味での因果関係の存在が侵害の結果の帰責にとって十分であるとされるならば、そのことによってまったく否定されてしまうだろう²⁷。にもかかわらず、原因構成がまったく典型的に偶然である場合、最も首尾一貫した見方をする者でさえ帰責を確定することはないだろうと想定してよさそうである。ここではっきりと現われている考え方全体は、その厳密な実行がどうにも考えられないものであり、この場合に（原因構成の場合と未遂犯の場合）それを採用することは、その他で実施されている手続きとほとんど調和させることができないだけに、なおいっそう疑わしいように私には思える。非適合的な原因構成という概念を最大限制限しようとすることは、すでに述べたように、我々の法感情からではないとしても、実践的な必要から、重要な根拠があると主張することは許される。しかし、なぜ未遂犯の評議において、大審院判決であれほどしばしば登場する「客観的適当」という概念がまったく言及されないのか、同様に、なぜ危険を損害的できごとの確率として解釈する理論が、判決ではよく知られているのに、ここでもやはり援用されないのか（例えばフォン・リストの説の方がはるかに一貫しているのに）、ということは不可解である。すでに上で指摘されたことだが、危険犯の刑法上の扱いは、今実際に行われているように、処罰が行為の有責性のみならず、それによって引き起こされる実際の損害を考慮しなければならないことが認められるときにのみ正当化されるべきで、ここで適用されている原理は、未遂犯の場合でもまったく同様に、危険性の考慮を要求する。

5. フォン・ローラントの危険理論

可能性概念の歴史において、これまで述べてきた段階は、総じて因果性理論によって特徴づけられるものだったが、この理論は厳密に適用されると、この理論の根本的な否定に導くものだった。私はここでさらに、この分野における最新の試みに言及しなければならない。それは危険概念を対象とするものであるが、客観的可能性概念を前提にする限り、一つの進歩となっているであろう²⁸。この本の著者フォン・ローラントは、この概念（これに関して彼は「確率論

26 1881年10月25日の判決。大審院刑事法廷判例、第三巻、1881年、p. 642。同じく、1883年6月4日の判決、同上、1883年、p. 404。

27 いま言及した二つの判決のうち、前者は帰責の根拠を「過失性」に置いていて、このために、行為者が「生じた結果を現実に可能と予測することは適当な注意をもってすればできたであろう」ことを求めている。この追記は、他の所で何度か述べられた原則と矛盾するもので、1883年6月4日の判決にはない。

28 フォン・ローラント「刑法における危険」、1886年。

の原理」で私が与えた説明に従っている）が危険概念の研究にとって基礎とならねばならないということをもったく的確に認識していると思う。それにもかかわらず、フォン・ローラントが、私には特に重要だと思える結論のいくつかに到達しないとするならば、それは、いかなる意味でこの概念（何よりも先ず一般的に表示された条件に関係する概念）が具体的な構成要件にも応用できるかを彼が十分には検討していないせいであろうと思われる。ローラントはいう（p. 12）。「この現象の根拠は、我々がある行為の価値評価において、その行為の普遍概念、すなわちその行為の規則的な現象形式に従って生じる一般的性格を手本にしていることである」。しかし、この命題が文句なく納得できるものとみなされるのは、個別事例において表示されるあれこれの個性的特殊性が法的に重要なものではないことが一目見て明白である場合に限られる。ゆえに、当然ながら、裁判官にとって殺人の個別事例は「一件の殺人」にすぎず、太郎または次郎の事件でもなく、火曜日の事件でもなく日曜日の事件でもない。しかし、危険性の指標は、法的に重要でないということがけっして自明ではない特殊性（それどころか実際にも、部分的には全然重要でないとはいえない特殊性）の抽象にもとづいている。なぜならば、一定の危険をもたらす行為のうち、有害な結果をもたらすものは大抵、現実の法律違反に至らないものとは別のものとして判断されるから。ゆえに、危険概念の基礎となっている一般化は、例えば、殺人の個別事例を「一件の殺人」という普遍概念にまとめる場合とはまったく別の意味をもっている。しかも、危険性の法的意味も同じくらい独特で、他の不法行為指標（個別の具体的な構成要件において一々一般的カテゴリーに照らし合わせることなく証明できるもの）のそれとはまったく異なっている。しかし、だからこそ、危険性概念の基礎にある一般化はどのような種類のものか、また、そのように定義された指標が刑法上の意味をどうすればもつのか、についての特別の研究が必要なのである。ある個別事例の普遍概念がどのような指標でなければならないか、何を「個性的な、普遍概念に対して偶然的指標にすぎないもの」とみなすべきかは、一般的にいつて、まったく自明というわけではない。構成要件は有害な結果の可能性を含むカテゴリーにまとめられるべきだということ——これは、その結果に付される危険性の指標の説明としてまだまったく不十分である。「危険犯は、たとい個別に変異はあろうとも、ジャンルの性格の点では同じような行為を含んでいるが、警察犯は、一般的に見ると、同じようなものではなく、異質な行為を含んでいる」と言うことも、同様に十分ではあり得ない。危険犯も、有害な結果を、一部は引き起こし、一部は引き起こさないという、きわめて重要な点で、一様ではないのではないかと、警察犯もある点では似たような行為ではないか。ゆえに、ローラントの著書には、危険概念の刑法上の解明のために何よりも先ず必要なものの一つ、すなわち、具体的事例のいかなる一般化が危険性の指標の基礎にあるのかの考察が欠けているように思われる。この考察は、危険性のさまざまな種類を相互に区別し、例えば危険犯と警察犯の区別を明確にするために必要不可欠であるし、法律的に重要な指標として危険性が登場した理由を満足の行くように説明するためにも同じく不可欠である。

6. 結語

上述の可能性概念の理論によって、それと結びついた刑法上の諸問題が最終的に解決されたと私が思っていないことを改めて述べる必要はあるまいと思う。私の意図は、それらの問題に含まれている一つの要因を明確にすることによってそれらの解決を準備し容易にすることを目指すことのみだった。私が示そうと思ったのは、今のところ確かにきわめて不明確な諸概念の精密さを高めようと思うなら、何よりも二つのことに注意を向けなければならないということだった。すなわち、一つは、具体的な構成要件を普遍化する原理、もう一つは、適合的原因構成に対して、法的意味における危険に対して、要求されるべき一般的可能性または助長の等級である。さらに、私がとりわけ示したいと思ったのは、哲学的に厳密な因果性理論は客観的可能性の概念の否認または完全な無効に導くという何度か表明された意見は、理論の不完全さから生まれた誤謬にすぎず、しかもある特定の概念、すなわち「あそび」の概念が欠けている点に起因しているということである。要するに、確率の概念は、現在なされているように単純に適用されてはならず、より精密な分析と正確が必要であると指摘することは重要であると私には思える。

研究の方法と成果についてももう少し一般的な感想をお許し願いたい。可能性概念の法律的適用に対しては、久しい以前からその曖昧さ、不安定さ、明確な境界の不在が主要な反論となっている。何かしらの区分が不確かで不安定なために、まったく使用不能で非難すべきものだとする、しばしば耳にする議論はきわめて怪しいものとみなさざるを得ない。立法者は可能な限り明確に定義可能な概念を用いるべきこと、そうすることで裁判官の、具体的事例を包括するという課題を可能な限り軽減することができるということについてはいかなる疑いもない。しかし、刑法のいくつかの最重要概念は、ここで論じられた可能性概念と同様に、明確な境界づけがなされないままになっていることはまったく間違いない。この意見は、当然ながら、この場所で詳細に根拠づけることはできない。いくつかの犯罪概念において、それらが表示する傷害そのものが明確に定義できないものであること（身体傷害と健康破壊、侮辱、猥褻行為その他）、さらに、別の事例では、有害な結果が有責の行動によって（具体的に）引き起こされたのかどうか明確にできないものがあること、もう一つ、心理的態度の多様性全体に対する公平な考慮が不可避的にもたらすように、意図的と非意図的の間、一般にさまざまな有責性の種類の間に精密な境界を確定することはできないと指摘するだけで十分であろう。現行法の徹底的な改正の必要の前に尻ごみしない人は、これらの困難のいくつかを回避できる道を概念形成に対して示すことができるが、その代償として、他の困難がそれだけいっそう重大なものとなるだろう。

それゆえ、不明確な概念の一貫した忌避は正当化されないし、そもそも実行不可能であることに何の疑いもないと私には思われる²⁹。にもかかわらず、不明確なものは価値のないものとし、しばしば説明されやすいのは、私が思うに、通常の論理的方法の特定の一面性に大部分その根拠

をもっている。我々は、確かに不明確ではあるが、周知の、理論的または実践的に重要な考えのプロセスの中で、ある役割を事実上果たしてきたし、今も果たしているような、ちょうどそうした概念を十分明確に解明するのに適した手法にあまりに慣れていないようである。何かまったく自明であるものから出発するように、明確な概念への要求から、人は定義を得ようと努力し、定義の中で厳密に表示される指標だけを取り上げ、それらが個別事例においてあてはまるかあてはまらないかがつねに確実に示されることを必須とみなす。このやり方で考察を進めると、ある概念が定義不能であると、その概念は価値のないものとみなされがちであることが分かってくる。しかし、いま対象の本性が、一つまたはいくつかの点においてふるまいに連続的変異があり得るようなものであるとき、固定した境界線を引くことは、いかなる状況であれ幾分恣意的であり、しばしばまったく不可能ですらあることは明らかである。だからといって、あらゆる区分を放棄しようとすることは間違っているだろう。ここでの論理的課題は、むしろその変異を探し出して、それを正確に表示し、そうやって先ず、ふるまいの可能なかぎりの多様性の体系的概観を手に入れることである。そうすると、同時に、いかにいくつかの事例が典型的に、言葉のうちに定着している諸概念と一致するか、その指標の連続的変異のいずれによってある概念が隣接概念（こんな言い方が許されるならば）に変えられてゆくのかを明らかにすることができる。従って、我々は、簡潔に言えば、そういう場合、厳密に規定されたふるまいを表示する指標ではなく、厳密に規定された質的または量的変異を表示する指標を探さなければならない。私がここで述べている希望が根拠のないものではまったくないことを、上で言及した対象のいくつかが示してくれている。危険概念が明確に境界づけられるものではないことはしばしば述べられてきた。しかし、例えば、大審院の判決に現に出てくるその解釈例を見るだけで、それが実践に対してきわめてわずかな手がかりしか与えてくれないのは、主として、この概念がそれぞれの点で不確定となるさまざまな要素（損害地点の近さと遠さ、可能性の等級の高低、具体的諸関係の一般化の広狭）が、厳密に表示されてもいないし互いに区別されてもいないせいであることを認めざるを得ない。——さらに未遂犯の手段と客体との間の区別、未遂行為そのものと外的状況との間の区別は、あるものがここに入るのかあそこに入るのか、まるではっきりさせられない事例をもち出すことによって、いかにしばしば支離滅裂なものになってしまったことか。そういうわけで、大抵の場合、当該の区別は無益で恣意的だとされがちだった。しかし、この連続的移行の変異を左右する基準を探し出し、それを正確に表示することは、単により興味深いことであるのみならず、有益なことでもあろうと私は信じる。

29 結果として言えるのは、刑法が可能なすべての犯罪形式をほどほどの数のカテゴリーに整理したいと思う状況から、けっして排除できない困難が生まれることであるが、その一方で、ここで問題となり得るほとんどすべての点に関してふるまいに連続的変異があることは考えられるし、また現実には起きている。すべての不確実性を克服した刑法は、刑罰が一つの不法行為を特徴づける全変数の関数となるように確定された形式においてのみ考えうるだろう。

同様に、例えば、故意と過失の概念の最終的な説明に至る唯一可能な道は、一つの行為に際して起こり得る心理的ふるまいの多様性全体を体系的にそして遺漏なく記述することであろう。そしてその場合、もし故意の概念が実践的根拠から境界づけられなければならないとき、いかなる点で恣意的な境界画定が必要であるのか、そしてそれは明確なものであり得るのかどうか明らかになるだろう。

この種の取り扱いを、いまここで考察している可能性の諸概念も必要としている。だから私は、偶然的な原因構成とは何で、偶然的でないそれは何か、危険な未遂犯とは何で、危険でない未遂犯とは何かを、精密な定義によって示そうとすることはできなかった。私が努めたのは、この区別の根底にある変異はいかなるものか、そしていかなるやり方で一つの事例が他の事例に移ってゆくのかを確認することだった。

私が見るところ、そういう分析の効用は先ず、なぜ当該の領域において明確に境界づけられたカテゴリーが単に恣意的またはまったくうまくいかないのかを教えてくれる点にある。その分析は、無益であることが初めから見えている試みに労力と考察力を浪費することを防いでくれる。——それから、概念 *a* を別の概念 *b* に移行させるその変異の明確な認識は、*a* と *b* の区別が法的意味をもつか否かの判断にとって必要不可欠な基盤である。当然のことながら、二つの事例が確定した境界なしで互いに移行し合うがゆえに、それらを法的に等しいものとして取り扱う十分な基礎があるとはできない。それらの区別が必然のものかどうかは、もし明確に区別する指標が挙げられないときは、連続的に変異するふるまい（それに応じてそれら事例は区別される）の知識によって明らかとなるであろう。こうして、可能性概念の十全な理論的分析もまた、それらの法的意義についての判断にとって避けられない前提であるということになる。

最後に、法の適用が問題となるところで、その法が、移行の連続性に配慮することなく、ある事例についてはあるやり方で、別の事例はまたまったく別のやり方で扱うよう規定している場合、これまで述べたような洞察は不可欠のものであろうと思う。ここでは個別事例は必然的に、何らかのカテゴリーに包括されなければならない、その際できるだけ一貫した均質な手続きを進めることが課題となるだろう。この要求を最もよく充たすことができるのは、明らかに、いかなる指標をその際重視しなければならないか、そしてそれらの指標が存在する等級の査定が重要であることをよく知っている人である。この前提の下で初めて、きわめて明確な、そして自明な課題が彼の裁量に委ねられる。これとは逆に、当該概念の意義がもっぱら一定の言語習慣によって心理的に固定している場合、そのような法規定の適用ははるかに困難で厄介なものとなるであろう。例えば、危険が惹き起こされたことを、裁判官は、多くの場合、ためらいなく肯定するだろうし、そうでない場合は同じく確信をもって否定するだろう。しかし、疑わしい事例においては、理論的理解の助けがないなら、本来何に注意を払ったらいいいのか、何を根拠にして判決を構成すべきなのか、ほとんど分からないだろう。——しかし、もし十分な理

論的分析の不足が、可能性概念の結果への応用に、結果としてある一定の不確実さをもたらすならば、一面的または不正確な理論はよりいっそう大きな有害無益へと導くことは必定であろう。実際、刑法がいくつかの点において理論的・実践的に示す不確実さと不安定は、一部は、いくつかの指標の連続的変異の可能性が十分に注目されていないか、または連続的変異の可能性があっさりと役に立たない・法的意味をもたないものとみなされるはずだと思われるためと私には思える。なぜならば、これによって、人々はさまざまな視点から出発してさまざまな結果に到達するわけだが、そのどれもが自分の正しさの限界を明確に示すことはなく、それゆえに、その各々が独占的・無条件的正確さを主張して相対立することになり、それどころか、時としてきわめて極端なやり方をとらざるを得ないと信ずるに至るから。実務の均一性もまたこの意見の内的分裂に悩まされてきたことは（傷害的結果の帰責および不能な手段による未遂犯の扱いが思い出される）、よく知られている。

だから、法学もまた、通常第一の目標である明確に境界づけられた概念の獲得を目指さないものの、むしろ方法と帰結においてここで述べた考察に等しい論理的な処理を、結局は、自分の関心の外にあるものとして排除することはできないだろうと私には思える。このやり方で法学一般に可能な唯一の処理法をみつけるための論争がもっとあってもいい。専門家の側から一度、いかなる点で法的概念形成が連続的変化の内部で恣意的な境界線を引かなければならないかについて、可能な限り遺漏なく述べる試みがなされれば、それはその理論の明晰性と確実性にとっても、また実務の統一性と一貫性にとってもきっと有益であろうと思う。

フライブルク（ブライスガウ）

J・フォン・クリース

マックス・ウェーバーとフォン・クリース —— 方法論の時代(その3) ——

山 田 吉二郎

1

私たち（江口氏と私）が取り組んできた、フォン・クリースの論文「客観的可能性という概念とその若干の応用について」（1888）の訳載は、この第3回で完結する³⁰。翻訳「その2」掲載とこの「その3」では2年近い間隔が空いてしまい、読者諸氏にご迷惑をおかけする結果になったが、この遅延は、翻訳に手間どったためではなく、むしろひとえに私が「解題」を書き悩んでいたためである。何に「悩んで」いたかという、そのあたりはいささか曖昧模糊としているし、そもそもそれがはっきりしていたなら「書き悩む」ことはなかったように思うが、いま強いて述べれば、およそ次のようなことを私はぼんやりと考えていた。

これまでの2回の「解題」は、その表題から察しがつくように、「ウェーバーの方法論」理解のためにフォン・クリースの方法論を援用しようとするもので、これはウェーバー研究の立場からはごく当然の態度であるように思える。ただし、そうなる（これは「その2」の解題を書いているときも感じたことだが）、ウェーバーへの影響（またはウェーバーによるフォン・クリース概念の摂取）という限定された視角から見ると、フォン・クリースのこの論文は「その1」が訳出されればほぼ十分であって、「その2」および、特に「その3」については、ウェーバーとの関連という視点からは、「解題」すべきことはあまりないといえる³¹。少し具体的にいえば、いま問題にしている視点からみて、最も重要なウェーバーの著作は、「文化科学の論理学の領域における批判的研究」（1906）であるが、第2章——その表題（「歴史的因果考察における客観的可能性と適合的原因構成」）からしてフォン・クリースに依拠することの明らかな章

30 「その1」は、「メディア・コミュニケーション研究」第59号（北海道大学大学院メディア・コミュニケーション研究院、2010、pp. 137-189）に、「その2」は同60号（2011、pp. 95-126）に掲載された。

31 イタリアのウェーバー研究者エドアルド・マッシミリア著「リッケルトとフォン・クリースのあいだのウェーバー」は、フォン・クリースの方法論を正面から取り上げた、最新の、優れた研究として推奨できる。彼の分析もまた、フォン・クリース論文の「その1」に集中している。Edoardo Massimilla, *Max Weber zwischen Heinrich Rickert und Johannes von Kries*, Boehlau-Verlag GmbH, 2012。

——において、そこで駆使されている概念は、この2つ(「客観的可能性」と「適合的原因構成」)を含めて、ほとんどもっぱらフォン・クリース論文の「その1」にもとづいている。ウェーバー自身、この著作でのフォン・クリース方法論への依拠をいささか過度なものと感じたようで、ある注にこう書いている。

「今までにも随所でなされてきたように、ここでもまたフォン・クリースの考えが『盗用』されているが、その程度に対して私はほとんど忸怩たる思いで、特にその定式化は、しばしば余儀ないことであるが、正確さの点でフォン・クリースによって与えられたものに劣らざるを得ない」³²

この引用の前半にある「盗用」「忸怩たる思い」も興味深いが、それよりもむしろ、この引用の後半(「その定式化は、しばしば余儀ないことであるが、正確さの点でフォン・クリースによって与えられたものに劣らざるを得ない」)は、より重要なメッセージを含んでいるように読める。なぜならば、クリースの考えを「盗用」した人が、「その定式化は正確さの点で劣る」というのは、少し奇妙だから。恐らく、ここで述べられていることは、ウェーバーは、フォン・クリースから「盗用」した方法論を、フォン・クリースとは異なる領域へ適用しようとしている、ということではないか。その「異なる領域」とは「歴史」のことであるが、「法学」から「歴史」への移動の結果として、「定式化は、余儀ないことであるが、正確さの点で劣らざるを得ない」ことになったと思われる。

2

そもそもフォン・クリースがこの論文を書いた動機が19世紀後半の法学論争へのコミットメントであるらしいことは、今回訳載した「その3」の「文献概観」を読むことでほぼ確かめられる(あげられている文献はすべて、この論争に関わる「理論法学」分野のもの)。法学における「学派の争い」に関しては解題「その2」でも触れたが、遺憾ながら、この論争に関する私の勉強はそこから進んでいない。個々の論争参加者たちの主張は調べることができるが、論争そのものの社会的・歴史的意味(なぜその論争が起きなければならなかったか、その必然性と重要性)、法学者のみならず、フォン・クリースのような論理学者がこの論争に参加することの意義その他は、依然として不明のままである。そういうことが分からないでは、フォン・クリースの方法論のその時代における位置づけ——と同時に、彼の精神生活におけるこの論文の位置づけ——ができないわけで、これも私が解題「その3」を「書き悩んで」いた理由の一つのよ

32 マイヤー、ウェーバー著、森岡弘通訳「歴史は科学か」、みすず書房、1975、pp.226-227。訳は少し改めた。

うに、今からは思える。

ウェーバーにおいてこの論争がどのような意味をもったかも、実はよく分からないでいるが、「批判的研究」の第2章には、その関連を思わせる個所がいくつかある。注にある次のような記述は、ウェーバーの関心の方向性をかなり明瞭に示しているように見える。

「近代法は行為ではなく行為者に向けられ（……）、主観的な『責任』を問う。一方、歴史は、経験科学であろうとする限り、具体的事象の『客観的な』根拠と具体的『行為』の結果を問うわけで、決して『行為者』を裁判にかけようと図るのではない。ラートブルフのフォン・クリース批判は、当然ながら近代法——すべての法ではない——の基礎的原理に立脚するものである。従って彼でさえ、いわゆる結果犯罪や、……すなわちもっぱら『客観的な』因果性が問題となる場合には、つねにクリース理論の妥当性を承認している。しかし、これらの事例と同じような論理的状況にあるのがまさに歴史である」³³（強調原文）

刑法において処罰の対象は「行為」なのか「行為者」なのか、まさに「学派の争い」の中心テーマの一つであったことは、解題「その2」で少し触れたが、ウェーバーがこれに言及していることは、この論争に対する彼の関心を示唆しているようである。しかし、それよりも、ここで重要なのは、フォン・クリースとラートブルフが刑法学について述べていることを、ウェーバーが「歴史」に対して転用しようとしていることで、従って、ウェーバーのフォン・クリース熟読の背後にあったのは、歴史が「経験科学」であろうとすると、「客観的因果性」の問題に関する「クリース理論」が妥当であるならば、それを歴史に適用することは可能ではないか、という仮説であったと考えていいように思える。

今回完結したフォン・クリース論文の全体を読んでいただければ分かるように、フォン・クリースが「客観的可能性」概念の「応用」を試みた領域は「刑法」の領域であって、「歴史」ではなかった。ウェーバーによれば、「行為者を裁く」のが刑法学の目的であるのに対して、「歴史」は「具体的事象の『客観的な』根拠と具体的『行為』の結果を問う」という。これが「歴史」の十全な定義であるとは誰も思わないだろうが（歴史における「主観的なもの」、リッケルトのいう「歴史的個体」が考慮されていないから）、これ以後ウェーバーが成し遂げたこと（特に、「世界宗教の経済倫理」）の骨格の定式化であると言えないことはない。しかし、——これはウェーバーに限らないが、ウェーバーの場合は特に——ある一つの発言から「決定的なこと」を引き出すわけにはいかない。

33 同上、pp. 223-224。訳は少し改めた。

3

さて、フォン・クリースの「客観的可能性」論文の全訳が一応終了したので、私たちは彼の方法論の中心にある「普遍化し抽象化する考察」と「量的段階づけ」（人間および社会に関わる事象は「明確に確定された境界をもたずに互いに移行する」³⁴⁾）をかなり正確に理解できるようになったわけで、これらとウェーバーの「理念型」概念との異同を考える手がかりを得たといえるように思う。（ただし、あくまで「手がかり」であって、「決定的なこと」をいうのはまだまだ早い。）

もちろん、フォン・クリースの方法論に関して、理解すべきことは他にもいくつかあって、それらについても継続して考えていかなければならない。次の引用は、再びウェーバーの「批判的研究」から、ただし、今度は注ではなく本文からの引用であるが、フォン・クリースの方法論「普遍化し抽象化する考察」または「一般化する考察」を、ウェーバーがいかに正確に「盗用」しているかを示すものとしてあげる。それは同時に、フォン・クリースの「客観的可能性」および「適合的原因構成」概念の「正確な」解説になっている。

「厳密に理解しておかなければならないことだが、この対立〔適合的と偶然的〕で問題なのは、けっして歴史的事象とそれらの因果関係の推移の『客観的』因果性の相違ではなく、つねにただ、生起の『素材』の中にある『条件』の一部分を抽象によって孤立させて、『可能性判断』の対象とすることであって、そうして経験規則にもとづいて生起の個々の構成部分の因果的『意義』を洞察することができる。我々は、現実の因果連関を見通すために、非現実的なそれを構成する」³⁵⁾（強調原文）

少し蛇足を加えると、「生起の『素材』」は「歴史的事実」または「具体物」とか「具体的な事象」とか呼ばれるもの。もともとときわめて複雑で多様な「具体物」の中から当該の結果を生じるのに関係ありそうな諸要素が「条件」、それを「抽象によって孤立させて」、取り出された部分を、もしそれがなかったならば同じ結果が生じたか（これが「可能性判断」）を「経験規則にもとづいて」考察する。これが、フォン・クリースが繰り返し述べる「一般化する考察」「普遍化し抽象化する考察」であり、すなわち、ウェーバーのいう「現実の因果連関を見通すために、非現実的なそれを構成する」方法である。具体的な、つまり、無限に多様な現実をそのままの形で認識することは人間に与えられた「認識可能性」の限界を越えるということ、ゆえに、我々は「普遍化」「抽象化」「経験規則」を駆使して、「非現実的因果連関」を構築する以外に道

34 本論文、p. 9。

35 「歴史は科学か」、p. 208。

はない——このことを「正確に」理解することが重要である。

ここで言われている「経験規則」は「ノモス論的知識」「生活の規則」等々と言い換えられているものと同じであろう。それがどういうもので、どのようにして形成されるものか、それに「もとづいて」なされる判断がどうして「客観性」や「普遍妥当性」を獲得するのか、フォン・クリースもウェーバーもほとんど語らない。しかし、そういうものがなければ、人間の認識はそもそもあり得ないものとして、それは前提されているように思える（つまり、それに「もとづいて」なされる判断が「客観性」と「普遍妥当性」を獲得する、そういうものとして）。それが前提された上で「非現実的因果連関」構築の労苦が積み重ねられる過程で、当の「経験規則」は徐々に形をなしてくるという、かつてジンメルが「社会分化論」（1890）で述べた逆説——解題「その2」でも引用したが、また引用したくなる逆説——「ことがらとして最初のものが我々の認識にとっては最後のものである」³⁶の、これもまた、実例の一つということになる。

(2012年11月2日受理)

36 ジンメル「社会分化論」、社会学大系、第1巻、p.6、居安正訳、青木書店、1991(1970)、訳は若干修正した。

《SUMMARY》

Johannes von Kries,
„Über den Begriff der objektiven Möglichkeit
und einige Anwendungen desselben“
—— A Japanese Translation (Part 3)

Kichijiro YAMADA
Yutaka EGUCHI

Max Weber and Johannes von Kries

—— a Period of Intense Methodology Discussions (Part 3)

The Japanese translation of von Kries' treatise "On the Concept of Objective Possibility and Some of its Applications" (1888) has been completed with this third part, and we are very glad that Japanese scholarly republic can now read this important treatise on their own language. It is almost obvious that von Kries wrote this treatise to commit himself to the famous controversy between the "old" and "new" schools of German jurists in the second half of XIX century, and therefore the field he tried to apply this concept to was the *criminal law*. Acquiring von Kries' methodology, Max Weber inquires into the possibility to appropriate it to quite another field --- *history*. Von Kries' characteristic concepts ("Objective possibility," "empirical rules," "adequate causation," "generalization through abstraction," "quantitative gradation of real phenomena" etc.) were newly adapted and adopted by Weber eagerly and carefully. But it would be too hasty to say that Weber's methodology of "Ideal types" was constructed with these concepts because among Kries' concepts there is not the faintest nuance of "ideal" --- much more still remains to be done before we can shed light on Weber's methodology thoroughly.